

PROCESSO - A. I. Nº 218905.0098/14-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RODOVIÁRIO NOVA ERA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0084-01/15
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0401-12/15

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. UTILIZAÇÃO DE NF-E INIDÔNEA. REMESSA DE MAQUINÁRIOS PARA DEMONSTRAÇÃO. Não restou comprovada a fraude fiscal apontada pela fiscalização do trânsito de mercadorias. Tal acusação sequer poderia ser atribuído ao transportador por falta de interesse jurídico na situação considerada ilícita. O preposto do Fisco não acostou aos autos as provas de que o transportador tenha concorrido para a prática do fato infringente ou decorrido do exercício da sua atividade, ainda mais porque as mercadorias estavam acompanhadas de nota fiscal regularmente emitida. Superada a nulidade pela descaracterização da exigência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Improcedência do presente Auto de Infração, lavrado em 20/10/2014 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$107.403,13, acrescido da multa de 100%, em decorrência da apuração de irregularidade fiscal descrita da forma a seguir: *"utilização de documentação fiscal acompanhando mercadorias como se fosse amostra grátis ou mostruário, não satisfazendo as exigências legais"*.

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação da "utilização de documento fiscal acompanhado de mercadorias como se fosse amostra grátis ou mostruário, não satisfazendo as exigências legais", em valor que totalizou R\$107.403,13, além da multa de 100%.

Instalando o contraditório, o autuado, através de representante legal, alegou, preliminarmente, a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda (artigo 5º da LC 87/96), aduzindo que é posição pacífica que a Transportadora será solidariamente responsável por infrações fiscais, apenas quando concorre para sua ocorrência. Ressalta que a Nota Fiscal Eletrônica foi emitida tempestivamente para o destinatário correto, com todos os requisitos legais preenchidos e não poderia lhe ser imputada qualquer conduta lesiva ao Fisco.

No mérito, diz que a nota fiscal de remessa para demonstração é idônea, preenche todos os requisitos obrigacionais acessórios, revestindo-se da mais pura boa-fé e legalidade. Alega que o Auto de Infração é um equívoco ao tratar a operação como amostra grátis ou mostruário, quando, na realidade, se trata de remessa de mercadorias para demonstração.

Ao seu tempo, o autuante explica que as mercadorias objeto da autuação servem à incorporação do ativo fixo do contribuinte industrial e não trata de remessa em demonstração, uma vez que não serão objeto de retorno. Deduz que a demonstração poderia ser feita no local da produção, como ocorreu com a REFRIGERANTE QUINARI. Reafirma que as mercadorias para demonstração, através do DANFE 29810, irão compor o Ativo Imobilizado da SISA SAUIPE INDUSTRIAL e não será objeto de retorno. Razão pela qual insiste na manutenção da imputação.

Examinando os autos do processo, entendo que o direito não assiste ao FISCO do Estado da Bahia e não logra êxito o lançamento de ofício em debate. Antes, pela ilegitimidade do sujeito passivo, o transportador,

considerando que a responsabilidade solidária (art. 6º, III, "d" da Lei nº 7.014/96), alcança os transportadores, em relação às mercadorias que conduzirem sem documento fiscal que comprove a sua procedência ou acompanhadas de documentação inidônea. O que não ocorre, no caso em concreto.

Temos assim, na responsabilidade solidária legal, situações em que a lei impõe ao terceiro a tomada de determinadas providências para impedir ou dificultar a omissão do contribuinte (art. 124, II, CTN). A solidariedade é, na essência, a omissão de um dever de diligência, de vigilância. Justamente por isso, o solidário não é um terceiro qualquer, mas alguém que tenha relação com o fato gerador.

Cabível ressaltar que, em regra, as pessoas envolvidas nas operações mercantis são o comprador e o vendedor. A lei complementar optou por definir que o contribuinte do tributo é o vendedor. A princípio, determinar que o transportador deva efetuar o pagamento do tributo constitui um arcabouço da lei, estruturada para garantir a eficácia das suas disposições, visto que o transportador não está vinculado ao sinal de riqueza que autoriza aquela imposição tributária. Completa o Professor Paulo Barros que “solidariedade mesmo, haverá tão-somente na circunstância de existir uma relação jurídica obrigacional, em que dois ou mais sujeitos de direito se encontram compelidos a satisfazer a integridade da prestação”. (Curso de Direito Tributário, Pág. 217).

Nesse sentido, embora seja necessário que o responsável solidário tenha vínculo com o fato gerador do tributo, a razão de sua responsabilização reside, precipuamente, na desobediência de um preceito legal que consiste no dever de transportar mercadorias somente acompanhadas de documento fiscal e nota fiscal válida. Percebe-se que, em um primeiro momento, o sujeito solidário é estranho ao acontecimento do fato jurídico tributário e integra outro vínculo jurídico, que nasceu por força de uma ocorrência tida como ilícita.

Nesse passo, as provas do fato ilícito praticado pelo responsável solidário, o transportador, devem estar marcadas de forma indelével e constar dos autos. A consideração fiscal de que as mercadorias, objeto do Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 09/10, servem à incorporação do ativo fixo do autuado e não demonstração, carece de comprovação. A ausência do prazo para retorno das mercadorias, descrito no DANFE, não é suficiente para a presunção fiscal, uma vez sua previsão no Ajuste SINIEF 08/08. O valor do frete e demais despesas de instalação não têm o condão de descaracterizar a operação ou permitem o agente fiscal imputar que as mercadorias enviadas para demonstração, através do DANFE 29810, irão compor o Ativo Imobilizado da SISA SAUIPE INDUSTRIAL.

Ademais, tal fato, ainda que estivesse provado, sequer poderia ser atribuído ao transportador, visto que esse não tem interesse jurídico na situação considerada ilícita. Tanto faz transportar uma mercadoria com natureza da operação de remessa para demonstração ou para revenda. A prestação de Serviço que realizou foi absolutamente regular e acompanhada, como vimos, dos documentos fiscais regulares e idôneos. Cabível repetir que a fraude que caracteriza a inidoneidade de documento fiscal não se presume. Tal fato já inquinaria de nulidade a exigência por ilegitimidade passiva do transportador colocado no pólo passivo da pretensão fiscal.

Como se não bastasse, a infração querida pelo agente fiscal, sequer existiu. A divergência apontada pelo preposto do Fisco reside na aplicação da alíquota de 7%, entendendo que deveria ser aplicada a alíquota de 17%, num grave equívoco. Ensina a legislação do ICMS que tanto a operação de comercialização ou para compor o ativo imobilizado, como imaginou o agente fiscal, originado de remetente situado no Estado do Rio Grande do Sul seriam gravadas pela alíquota de 7%, a mesmo que o contribuinte gaúcho aplicou na remessa interestadual para demonstração.

Posto isso, o Auto de Infração que seria nulo por ilegitimidade do sujeito passivo escolhido pelo autuante, é, na realidade improcedente, porque não resta caracterizada a infração descrita no lançamento de ofício. De acordo com a exposição retro referenciada e a legislação do ICMS, a autuação manejada pela fiscalização no trânsito de mercadorias não logra êxito, resta descaracterizada e o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

É o voto.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

No que tange ao Recurso de Ofício, constato que, ao autuado, foi imputada a responsabilidade solidária por ter transportado mercadorias acompanhadas de documento fiscal referente a “amostra grátis ou mostruário”, o que supostamente não correspondia à realidade dos fatos.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu que o autuado (como transportador das mercadorias) não podia ser responsabilizado solidariamente pelo pagamento do tributo, haja vista que a legislação de regência (art. 6º, III, "d" da Lei nº 7.014/96) somente alcança os transportadores em relação às

mercadorias que conduzirem sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, o que não é o caso dos autos.

Efetivamente, não há provas, no presente processo, de que as mercadorias transportadas seriam incorporadas ao ativo fixo da empresa industrial destinatária, até porque encontravam-se em trânsito, tratando-se de uma mera presunção do agente autuante.

Ademais, ainda que tal fato tivesse sido comprovado, o ilícito não pode ser atribuído ao transportador, porque não há como se saber, de antemão, qual será o destino a ser dado às mercadorias pelo seu destinatário.

Por outro lado, ainda que tais mercadorias tivessem como destino o ativo imobilizado da empresa destinatária (Sauípe Industrial S/A), o ICMS seria devido à alíquota de 7%, a mesma indicada na Nota Fiscal nº 29810 (fl. 13) emitida para acobertar a operação.

Importante ressaltar, por fim, que, na situação em tela, as mercadorias foram transportadas por meio de documentação fiscal idônea, não havendo vício capaz de ensejar a obrigação tributária consignada neste lançamento de ofício.

Dessa forma, deve ser mantida a Decisão recorrida, pela improcedência da autuação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **218905.0098/14-3**, lavrado contra **RODOVIÁRIO NOVA ERA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS